

Sentencia T-343/10

ACCION DE TUTELA CONTRA CONSEJO DE ESTADO-Anulación de elección como alcalde municipal antes de transcurridos 24 meses desde retiro como alcalde encargado

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto sustantivo por interpretación extensiva errónea y falta de conexidad material de norma con hechos fácticos

INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES-Definición, diferenciación e interpretación con relación al encargo

NULIDAD ELECTORAL COMO CONSECUENCIA DE INTERPRETACION CON RELACION A INCOMPATIBILIDAD, INHABILIDAD Y ENCARGO

DERECHO A SER ELEGIDO Y DESEMPEÑAR FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS-No es absoluto

PROVISION DE CARGOS DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO

Referencia: expediente T-2515786

Acción de tutela instaurada por Ferney Humberto Lozano Camelo contra la sentencia de 31 de julio de 2009 de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá D.C., mayo once (11) de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, el 12 de noviembre de 2009, respecto de la acción de tutela instaurada por Ferney Humberto Lozano Camelo, contra la sentencia de segunda instancia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Quinta de 31 de julio de 2009, que revocó la decisión de primera instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar ordenó anular las elecciones que nombraron como alcalde al accionante de la presente tutela.

En primer término procederá la Sala a hacer un recuento de los principales hechos del expediente. Luego, dada la materia objeto de debate así como su importancia para precisar lo que serán las consideraciones de la presente providencia, se hará un resumen de las principales decisiones tomadas por el accionante durante su encargo en la alcaldía. Finalmente se hará una síntesis de los argumentos del demandante.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

1. Mediante Decreto 0150 del 23 de marzo de 2006, el Gobernador del Valle del Cauca designó a Ferney Humberto Lozano Camelo como alcalde municipal encargado del municipio de Yumbo, hasta que se produjera la posesión del nuevo mandatario municipal elegido popularmente.

1. El demandado se desempeñó en ese cargo hasta el 3 de mayo de 2006.

1.3 El 3 de mayo de 2006 tomó posesión como alcalde Luis Fernando Lenis Barco, quien fuera electo en el escrutinio del 2 de mayo de 2006.

1.4 El 3 de agosto de 2007 el señor Ferney Humberto Lozano Camelo se inscribió como candidato para el cargo de alcalde del municipio de Yumbo.

1.5 De acuerdo al escrutinio que para tal efecto se llevó a cabo, el 18 de octubre de 2007, el señor Ferney Humberto Lozano Camelo resultó elegido.

1.6 Se presentó acción de nulidad electoral por parte de Daisy Narcisa Mancilla Angulo. El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 27 de mayo de 2008 con Ponencia del Magistrado Franklin Pérez Camargo, denegó las pretensiones de la demanda de nulidad de la elección de Ferney Humberto Lozano Camelo como alcalde de Yumbo, por cuanto consideró que no se configuró la inhabilidad contemplada en los artículos 38 y 39 de la Ley 617 de 2000, en cuanto lo que en ello se consagra es una incompatibilidad y no una inhabilidad.

1.7 Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, el Consejo de Estado en providencia de 31 de Julio de 2009 la revocó, y en su lugar anuló el acto de elección del ciudadano Ferney Humberto Lozano Camelo como alcalde del municipio de Yumbo, para el período constitucional 2008-2011. Como consecuencia de dicha anulación ordenó la realización de nuevas elecciones en dicho municipio, por cuanto consideró que sí se configuró una inhabilidad por haberse presentado como candidato antes de transcurridos veinticuatro meses (24) desde el momento en que se produjo su retiro como alcalde encargado.

1.8 En la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca se hace un recuento sobre los hechos que dieron lugar a la demanda y sobre los fundamentos que motivaron la acción de nulidad electoral de la actora. Se manifiesta que el problema jurídico planteado versa sobre “cuales [sic] inelegibilidades o impedimentos o cuales [sic] inhabilidades e incompatibilidades pueden ser estudiadas en ésta jurisdicción en el proceso de acción pública de nulidad” (Folio 48).

1.8.1 El Tribunal hace referencia al tema de las incompatibilidades que se consagra en el numeral 7 del artículo 38 y al artículo 39 de la Ley 617 de 2000 sobre el término de duración de éstas, y establece que “... se debe tener claro que las incompatibilidades están definidas como aquellas actuaciones que un funcionario público no puede realizar durante el ejercicio del cargo, para no quedar incurso en sanción disciplinaria, aplicable, según sea el caso. Estas están establecidas en la ley de manera taxativa, sin lugar a interpretaciones o aplicaciones analógicas; son prohibiciones que la ley establece cuando la persona ya ha accedido a la función pública y se encuentra en ejercicio de un cargo público” (Negrilla fuera del texto, Folio 47).

1.8.2 Del mismo modo, el Tribunal cita la sentencia del 21 de abril de 2005 en donde la Sección Quinta del Consejo de Estado resuelve un proceso de acción pública de nulidad electoral. En dicha sentencia el Consejero Ponente Filemón Jiménez Ochoa manifestó que “...la violación del régimen de incompatibilidades no genera la nulidad de un acto electoral, puesto que ellas no responden al concepto de impedimentos sino que son prohibiciones que rigen para los miembros de las corporaciones públicas y para los demás servidores públicos, cuya infracción tiene consecuencias claramente previstas en la ley, de tipo sancionatorio” (Folio 48).

El Tribunal acoge dicha posición y establece que “... para deprecar una nulidad electoral debe existir norma previa que lo consagre y como sanción de manera específica puntualice que su trasgresión genera, la nulidad de la designación o la elección del designado o elegido” (Folio 48).

1.8.3 Por otro lado, el Tribunal Contencioso del Valle citando jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional<sup>1</sup>, distingue entre inhabilidades e incompatibilidades, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 22 de enero de 2002, explica que las inhabilidades “hacen referencia a aquellas circunstancias personales previas a la elección, creadas por la Constitución o la ley que imposibilitan que un ciudadano sea elegido (...) Tienen como objetivo principal lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos” <sup>2</sup>.

1.8.4 Así mismo, el Tribunal cita la sentencia C-540 de 2001, “donde se hace un estudio particular de la incompatibilidad del Alcalde Mayor de Bogotá y en general de todos los alcaldes municipales, frente a la posibilidad de aspirar a la Presidencia de la República. Allí se expresó que la incompatibilidad del artículo 39 de la ley 617 de 2000, no se aplica a estos servidores públicos por cuanto para ellos la norma aplicable es el artículo 197 de la Constitución Nacional, donde indica que el período de incompatibilidad una vez dejado el cargo es de un año y no de 24 meses.” (Folio 51).

1.8.5 En conclusión para el Tribunal no es procedente la acción de nulidad electoral ya que “la demanda está dirigida al estudio de una incompatibilidad, la cual hace imposible a través de éste tipo de acción estudiar el caso de autos yendo más allá, dándole una consecuencia jurídica diferente al que la ley establece para éste tipo de prohibiciones, como lo sería

realizar el estudio, analizando si es o no procedente declarar la nulidad del acto de elección del demandado.” (Folio 51). Por ende considera “que no es procedente el estudio de la anulación del acto administrativo aquí demandado así como la respectiva cancelación de la credencial como alcalde electo del municipio de Yumbo para el período constitucional 2008-2011, siendo el caso negar la pretensión de la demanda”.

1.8.6 La Magistrada Luz Elena Sierra Valencia se apartó de la decisión adoptada por la Sala del Tribunal Contencioso aclarando que antes de haber sometido la demanda a aprobación de la Sala, “el ponente ha debido surtir el trámite previsto en el inciso final del artículo 236 del C.C.A., referido a la entrega del expediente al representante del Ministerio Público, el que a mi juicio no puede soslayarse de manera alguna, por ser de carácter obligatorio, y su omisión viciaría de nulidad el proceso” , teniendo como tal “que en el transcurso de dicho término ese funcionario no emitió concepto alguno (...) toda vez que lo que se surtió para el Procurador fue un traslado en Secretaría, cuando lo que ordena la norma es la entrega del expediente por diez (10) días.”

1.8.7 En cuanto a la decisión que de fondo debió emitir el Tribunal, consideró la Magistrada Luz Elena Sierra que las pretensiones de la demanda han debido prosperar basada en los siguientes argumentos:

- “La controversia planteada por la demanda, ciertamente puede suscitar varias interpretaciones”. Dice que la posición de la mayoría del Tribunal acoge el precedente de la Sentencia del 21 de abril de 2005, emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Filemón Jiménez Ochoa, en donde se analiza la aplicación del régimen de incompatibilidades como causal de inhabilidad para el desempeño de un cargo público, para “sostener que las incompatibilidades no generan la nulidad de un acto electoral, pues ellas no responden al concepto de impedimentos sino que son prohibiciones que rigen para los miembros de las corporaciones públicas y para los demás servidores públicos, cuya infracción tiene consecuencias claramente previstas en la ley, de tipo sancionatorio”<sup>3</sup>.

- “Respetuosamente considero que tal como lo sostiene en su aclaración de voto a la Sentencia del Consejo de Estado en referencia, la Magistrada María Nohemí Hernández Pinzón, la incompatibilidad consagrada en el numeral 7 del artículo 38 de la ley 617 de 2000,

si bien no configura una inhabilidad, si constituye una causal de inelegibilidad de quien incurra en ella, la que vicia de nulidad el acto de elección, de conformidad con lo previsto en los artículos 222 y 228 del C.C.A". (Folio 58)

- "En el presente caso del acervo probatorio arrojado al expediente, se puede establecer con claridad que el señor FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO, cuando se inscribió como candidato a la Alcaldía de Yumbo (Valle), lo que ocurrió el 2 de agosto de 2007, se encontraba dentro del término de incompatibilidad al que alude el numeral 7º del artículo 38 de la ley 617 de 2000, ya que desempeñó el cargo de Alcalde Municipal de dicha localidad hasta el 3 de mayo de 2006... ". (Folio 59)

- "El demandado FERNEY HUMBERTO LOZANO (...) a la fecha de la inscripción de su candidatura, se encontraba incurso en la causal de incompatibilidad prevista en la norma citada, la cual de manera alguna desaparece por el hecho de haber desempeñado el cargo de forma provisional o temporal, mientras se realizaban las elecciones (...)" (Folio 59).

- "Su incompatibilidad deviene de la calidad de servidor público que ostentó aquel, durante el período para el que fue nombrado en propiedad y no de la temporalidad de su provisión o de la situación de no haber sido elegido popularmente y por ende carente de período". (Folio 59)

- "El objetivo del régimen de incompatibilidades es delineado por la Corte Constitucional en sentencia C - 893 de 2003, cuando sostuvo que '...las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones impuestas al servidor público, extendiéndolas en el tiempo, a quienes hayan dejado de pertenecer a la administración, tienen como finalidad impedir el ejercicio de influencias, bien para gestionar negocios o para obtener contratos amparados en la circunstancia de haberlos conocido o tramitado mientras se estuvo vinculado a la administración".

- "... la incompatibilidad en la que incurrió el señor FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO, además de constituir una prohibición para inscribirse como candidato para el cargo de Alcalde Municipal de Yumbo, que había sido desempeñado por él en las condiciones ya descritas, lo que por supuesto le podría generar consecuencias de tipo disciplinario, lo cierto es que en este caso, excepcionalmente, también le generaba una causal de inelegibilidad, la que debe ser objeto de análisis por el juez administrativo a través de la acción electoral,

acorde con lo previsto en los artículos 227 y 228 del C.C.A, pues de no hacerlo se estaría propiciando la consolidación de una situación irregular, sin consecuencia alguna, bajo el argumento simple que como el legislador no previó esa consecuencia, al juez de conocimiento le está vedado su establecimiento. ” (Negrillas fuera del texto).

- Concluye la Magistrada en su Salvamento de Voto diciendo que: “Con todo respeto considero que, el juez electoral a quien corresponde analizar la legalidad de los actos de elección, bien puede determinar causales de inelegibilidad a partir de causales de incompatibilidad que contengan prohibiciones para la inscripción de candidatos a cargos de elección popular, y por tanto definir su aplicación a su vez, como causal de nulidad de los actos de elección respectivos, pues en nada contradice en las disposiciones citadas del C.C.A., al contrario a mi juicio lo habilita positivamente para hacerlo”.

1.8.8 Por su parte, el Magistrado Óscar A. Valero Nisimblat, salvó también el voto considerando en primer lugar que el proceso estaba viciado de nulidad, por cuanto se le debió hacer traslado del proceso al Ministerio Público, siguiendo el artículo 236 del C.C.A., y este no se hizo. Afirma el Magistrado que se le corrió traslado al Procurador por Secretaria cuando lo propio era hacerle entrega del expediente por diez (10) días incurriendo en una de las causales de nulidad del Código de Procedimiento Civil<sup>4</sup>.

Sobre el fondo del asunto el Magistrado Valero Nisimblat considera lo siguiente:

- “... se trata de un asunto del cual pueden surgir diferentes posiciones por la naturaleza del mismo, al concernir éste en el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y causales de inelegibilidad, tema siempre complejo”. (Folio 66).

- “ [Sic] incompatibilidades pueden tener la vocación de afectar de nulidad una elección, pues son las inhabilidades hechos o situaciones ocurridos o presentados con anterioridad a la elección que generan una condición de impedimento para ser elegido; lo cierto es que como lo expresa en síntesis la Dra. Noemí Hernández Pinzón en salvamento de voto a la sentencia de abril 21 de 2005 de la sección Quinta con ponencia del Dr. Filemón Jiménez O, existen causales que si bien el legislador la ha rotulado como de incompatibilidad, realmente se constituyen o comportan como inhabilidades o causales de inelegibilidad” (Folio 67).

- “De la lectura del artículo 228 de CCA puede inferirse una diferencia entre: i) no cumplir los

requisitos y condiciones para un cargo, por ejemplo no tener título profesional; ii) ser inelegible, como el caso presente; iii) o tener impedimento para ser elegido, como resultan de las inhabilidades expresamente señaladas en la norma". (Folio 67)

- "Nada impide que una incompatibilidad predicable de quien se encuentre ejerciendo un cargo, es decir una prohibición del ejercicio simultáneo de dos funciones, se proyecte en el futuro para prohibir actuaciones aún después de la dejación del mismo y por lo tanto se convierta en una causal de inelegibilidad o de impedimento". (Folio 67)

- "...como estamos es frente a una causal que involucra al funcionario que ha dejado el cargo, como aquel que reemplaza al titular por un tiempo hasta antes de la inscripción para las elecciones del nuevo alcalde, dicho argumento se queda corto y por lo mismo deja sin resolver una parte del problema, por lo que a mi juicio no puede ser la ratio decidendi de la sentencia". (Folio 67)

- "Son varios los casos en que la Ley establece incompatibilidades que se extienden en el tiempo y que por lo tanto se confunden con inhabilidades o impedimentos. Así, quienes fueron servidores públicos de la entidad contratante, no podrán celebrar con ésta contratos hasta un (1) año después de su retiro, conforme lo previsto en la Ley 80 de 1993. En estricto sentido, si el ex servidor dentro del año posterior a su retiro ya no ostenta la calidad de tal, entonces estamos técnicamente ante una inhabilidad, aunque siendo aún más estrictos, habida cuenta que las inhabilidades deben ser expresamente rotuladas como tal, diríamos simplemente que estamos frente a un impedimento"(Folio 67).

1.9 Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, la Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia de 31 de julio de 2009, con ponencia de la Consejera de Estado María Noemí Hernández Pinzón revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar anuló el acto de elección del ciudadano Ferney Humberto Lozano Camelo como alcalde del municipio de Yumbo, para el período constitucional 2008-2011. Como consecuencia de dicha anulación ordenó la realización de nuevas elecciones en dicho municipio.

1.9.1 En el proceso se encuentra referido el Concepto del Ministerio Público por intermedio de la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado que solicitó se revocará el fallo de primera instancia, y en su lugar se decretara la nulidad del acto acusado. Dijo la

Procuraduría que sobre el punto ha habido un cambio de jurisprudencia respecto a que la incompatibilidad también genera la nulidad electoral. La Procuradora subraya que en la Sentencia del Consejo de Estado del 29 de enero de 2009, con ponencia del H. Consejero doctor Mauricio Torres Cuervo (20007-01657) en la nulidad del alcalde de Jamundí, se señaló "... el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C - 194 de 1995, según el cual la conducta prohibida es una inhabilidad, es válido y aplicable al texto vigente de los artículos mencionados porque los supuestos de hecho a que se refirió siguen siendo los mismos. En consecuencia, los artículos 38.7 y 39 de la ley 617 de 2000 en cuanto prohíben la inscripción como candidato a alcalde de quienes hayan ejercido dicho cargo dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación, constituye materialmente una causal de inhabilidad para ser elegido" (Folio 21).

Subraya a su vez el Ministerio Público que "Estructurado los supuestos que exige la configuración de la inhabilidad o prohibición como se le ha dado en llamar, se debe concluir en la nulidad de la elección sin consideración a la condición o calidad en que se ejerció el cargo, aspecto que es dilucidado en el último de los antecedentes judiciales citado...".

Añade la Procuradora que "La claridad de la norma es tal que no admite razones para inaplicarla al caso que se analiza. La precisión de que la norma en su primer enunciado consagra una incompatibilidad en la medida en que procede a evitar la acumulación de destinos, toda vez que le prohíbe a quien está en la función de inscribirse como candidato para cualquier cargo de elección, no es óbice para que el segundo enunciado, en el que ya no se ejerce la función por haberse hecho dejación de la misma, no corresponda a la noción de incompatibilidad por cuanto no hay acumulación de destinos, sino una prohibición que para efectos de la acción incoada el operador debe entenderse como una inhabilidad, esa es su naturaleza jurídica, no obstante haberse ubicado en la disposición que reguló las incompatibilidades.." (Folio 22).

Concluye el Ministerio Público su intervención diciendo que "También es predicable abordar la prohibición desde la perspectiva del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y entender que la inobservancia de la prohibición hace que el acto sea nulo por no estar en armonía con la Ley, y por infringir la norma en que debería fundarse, causal que se aplica a los actos de elección".

1.9.2 Por su parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que sí se configuró una inhabilidad - mal llamada incompatibilidad - por haberse inscrito FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO como candidato antes de transcurridos veinticuatro (24) meses desde el momento en que se produjo su retiro como alcalde encargado.

1.9.3 En un primer lugar la Sección Quinta del Consejo de Estado procedió a verificar el material probatorio que permitiera determinar si están dados los supuestos para la configuración de la prohibición, teniendo para tal caso copias auténticas de: 1. Decreto 0150 del 23 de marzo de 2006, mediante la cual se designó a FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO como alcalde encargado del municipio de Yumbo, 2. Acta de posesión de fecha 23 de marzo de 2006, 3. Actuaciones administrativas de FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO en uso de su cargo como alcalde, 4. Acta de posesión de Luis Fernando Lenis Barco del 3 de mayo de 2006 como alcalde elegido por voto popular, y 5. Acta de inscripción de FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO como candidato a la alcaldía de Yumbo, realizada el 3 de agosto de 2007.

1.9.4 Las consideraciones de fondo hechas por la Sección Quinta del Consejo de Estado se hicieron después de que dentro del proceso electoral se tuvieran en cuenta como antecedentes la demanda, incluyendo las pretensiones, los fundamentos de hecho, las normas violadas y el concepto de violación, al igual, que la contestación, el trámite procesal, la sentencia apelada, el recurso de apelación, los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público en segunda instancia.

1.9.5 Para la solución del caso concreto la Sección Quinta del Consejo de Estado siguió el precedente jurisprudencial de la Sentencia del 29 de enero de 20095, en donde se decidió un caso similar contra la elección de la alcaldesa del Municipio de Jamundí. En dicha jurisprudencia se estableció lo siguiente:

- “El recurrente sostuvo que la demandada se desempeñó como Alcaldesa encargada del Municipio de Jamundí en mayo, junio y julio de 2006, y dentro de los 24 meses siguientes se inscribió como candidata para ocupar dicho cargo, razón por la cual el acto acusado violó los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000”

- La apelación se basó en la interpretación que la Corte Constitucional hizo en la Sentencia C-194 de 1995 al antiguo artículo 47 de la ley 136 de 1994 que regulaba las

incompatibilidades de los concejales. En dicha jurisprudencia la Corte estableció que "... en el texto legal se ha utilizado impropriamente el término 'incompatibilidades', cuando se hace referencia a los seis meses que siguen a la dejación del cargo, pues en realidad se trata de prohibiciones...".

- Del mismo modo, en la misma Sentencia C - 194 de 1995 al hacer control del artículo 96 de la antigua ley 136 de 1994 sobre incompatibilidades de los alcaldes se dijo que, "... la norma acusada merece la misma crítica ya consignada en relación con el artículo 47, puesto que al ampliar, por fuera del tiempo en que se ejerce el cargo, la proscripción de una serie de ocupaciones y gestiones que en ese lapso posterior ya no pueden ser 'incompatibles' con la alcaldía por no existir simultaneidad, hace una referencia impropia, que en el caso del numeral 7 relativo a la inscripción como candidato a cargos de elección popular convierte la prohibición anexa al empleo que venía ejerciendo, en una inhabilidad genérica, referente a todo destino para el cual la persona pudiera ser escogida por el pueblo" (Negrilla fuera del texto). Se concluye en la sentencia de la alcaldesa de Jamundí que teniendo en cuenta esta jurisprudencia "es perentorio que la norma en estudio se interprete como una inhabilidad"<sup>6</sup>.

- También se cita en la sentencia de la alcaldesa de Jamundí, el fallo del 8 de febrero de 2002 del Consejo de Estado<sup>7</sup>, en donde se toma como precedente para la solución del caso la interpretación que se hizo en la sentencia de la Corte Constitucional - C-194 de 1995 - de que las "incompatibilidades" consagradas en el artículo 96-7 de la ley 136 de 1994 son en realidad "prohibiciones" (Folios 27 y 28).

- En conclusión, en la sentencia de la alcaldesa de Jamundí, la Sección Quinta del Consejo de Estado estima que respecto al tema de si la casual es de incompatibilidad, inhabilidad o inelegibilidad, se debe tener en cuenta el precedente jurisprudencial de la sentencia C-194 de 1995 según el cual la conducta prohibida es una inhabilidad.<sup>8</sup>

- En cuanto al tema del encargo, la sentencia cita de nuevo el caso de la alcaldesa de Jamundí<sup>9</sup> en donde se estableció que el artículo 38-7 en su encabezado dispone que la conducta debe ser realizada por los alcaldes, o quienes los "reemplacen" en el ejercicio de su cargo. El reemplazo debe ser interpretado como aquella situación en que de "manera eventual" se asume funciones "en caso de falta absoluta o temporal".

- La Sección Quinta en aquella oportunidad desvirtuó la interpretación del a quo sobre que la prohibición del numeral 7 del artículo 38 de la ley 617 de 2000 no le es aplicable a los alcaldes municipales “encargados” porque ellos no desempeñan sus funciones durante un “período” como lo exige dicho numeral, y consideró, en cambio, que “... el numeral comentado no distingue entre quienes son elegidos popularmente, los designados por el Gobernador o encargados por los mismos alcaldes para suplir sus faltas temporales, razón por la cual debe aplicarse el principio hermenéutico según el cual donde la ley no distingue no le es dable al intérprete distinguir.” (Negritillas fuera del texto).<sup>10</sup>

- En la sentencia del caso Jamundí, que se trae como precedente para resolver el caso del alcalde de Yumbo, se dice que para definir “encargo” hay que acudir a los artículos 23 del Decreto Ley 2400 de 1968 y al artículo 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que establecen que el encargo “es una situación administrativa que implica el desempeño temporal, por un empleado, de funciones propias de otro cargo, en forma parcial o total, por ausencia temporal o definitiva del titular”, y se cita la sentencia del 21 de abril de 1992 de la Sección Quinta del Consejo de Estado en donde se estableció que “El encargo implica de por sí para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiere sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones”<sup>11</sup>.

- Concluye la Sección Quinta con la cita de la sentencia de la alcaldesa de Jamundí, en donde se expresa la línea jurisprudencial sobre la definición del encargo, diciendo lo siguiente:

“En suma, las prohibiciones contenidas en las normas objeto de estudio son aplicables a ‘los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo’, es decir, las personas que, sin importar la causa o el origen de su nombramiento, ejerzan el cargo de alcalde municipal (...) los fines perseguidos por la prohibición examinadas son los de garantizar la igualdad de trato de los candidatos a ser elegidos alcaldes y el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegidos, e impedir que los candidatos que hayan ejercido las funciones de alcalde dentro de los 24 meses anteriores a la inscripción influyan sobre los electores mediante las prerrogativas que se derivan de dicho cargo. Esos fines se realizan plenamente con la interpretación que prohija la Sala” (Negritillas fuera del texto).

1.9.6 Teniendo en cuenta este precedente, la Sección Quinta del Consejo de Estado empieza a resolver el caso del alcalde Yumbo Ferney Humberto Lozano Camelo.

- En primer lugar considera la Sección que siguiendo la jurisprudencia citada "...la persona que haya ocupado el cargo de alcalde municipal o distrital, sin importar si lo ha hecho bajo la situación administrativa del encargo, queda sujeto a la prohibición legal prevista en los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 - impropriamente denominada incompatibilidad - consistente en que no podrá inscribirse a cualquier cargo de elección popular en la misma comprensión territorial, dentro de los 24 meses siguientes a la dejación del cargo del alcalde..." (Folio 30) (Negrilla fuera del texto).

- Enseguida la Sala Quinta del Consejo de Estado verifica si se dieron los supuestos fácticos para la configuración de la prohibición y cita las siguientes pruebas:

\* Copia auténtica del Decreto 0150 del 23 de marzo de 2006 expedido por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, mediante el cual se designó a FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO "Como Alcalde Encargado del Municipio de Yumbo hasta la fecha de posesión del nuevo alcalde que se elegirá popularmente en dicho municipio".

\* Copia auténtica del Acta de Posesión de FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO como Alcalde Encargado del Municipio de Yumbo, del 23 de marzo de 2006, mediante Decreto 0150.

\* Los Decretos y actuaciones administrativas expedidos por FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO durante el ejercicio de la alcaldía como encargado (Se analizarán pormenorizadamente en el punto 2 de esta providencia).

\* Copia auténtica del Acta de Posesión de LUIS FERNANDO LENIS BARCO del 3 de mayo de 2006 como nuevo alcalde electo.

\* Copia auténtica del acta de inscripción de FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO como candidato a la Alcaldía del municipio de Yumbo, período 2008 - 2011, realizada el 3 de agosto de 2007

- La Sección Quinta del Consejo de Estado teniendo en cuenta que Ferney Humberto Lozano Camelo había ejercido como alcalde encargado del 23 de marzo de 2006 al 3 de mayo de 2006 (un mes y doce días), considera que el alcalde electo de Yumbo "...tenía legalmente prohibido inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular en el municipio de Yumbo entre el 3 de mayo de 2006 y el 3 de mayo de 2008, de modo que al haberlo hecho como candidato al cargo de alcalde de esa entidad territorial el 3 de agosto de 2007, infringió las normas previstas en los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, resultando así nula su elección" (negritas fuera del texto). En consecuencia, la Sala revoca la Sentencia desestimatoria del Tribunal Contencioso del Valle del Cauca del 12 de noviembre de 2008 y declara la nulidad de la elección acusada.

- También establece la Sección Quinta que no acoge la petición que busca la práctica de nuevos escrutinios, puesto que la nulidad de la elección se funda en una causal de índole subjetiva, y citando jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>12</sup> y de la Corte Constitucional<sup>13</sup>, que indican que la declaración de nulidad en causal subjetiva culmina con la declaratoria de nulidad del acto de elección del inelegible.

- En la decisión de nulidad de la elección decide la Sección Quinta dar cumplimiento al artículo 314 de la Constitución y dado que faltaban más de 18 meses para la finalización del período 2008-2011, se ordena a la Organización Electoral para que disponga lo necesario para la práctica de nuevas elecciones.

- La Sección Quinta decide entonces revocar la sentencia de doce (12) de noviembre de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de Nulidad Electoral promovida por DAISY NARCISA MANCILLA ANGULO contra la elección de FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO, como Alcalde del Municipio de Yumbo, período constitucional 2008-2011. En segundo lugar, "Anular el acto de elección de FERNEY HUMBERTO LOZANO CAMELO como alcalde del Municipio de Yumbo, período constitucional 2008 2011. Tercero: Ordenar la práctica de nuevas elecciones en el municipio de Yumbo, y Cuarto: Denegar las demás pretensiones de la demanda".

1.9.7 La Magistrada Susana Buitrago Valencia decidió salvar el voto a esta sentencia<sup>14</sup>, argumentando que sostiene una tesis contraria a la mayoría, que ya había sido expuesta en

la sentencia del 29 de enero de 2009, M.P. Mauricio Torres Cuervo<sup>15</sup>. Considera que se debe variar la tesis del precedente en torno a las inhabilidades con “una nueva visión interpretativa de la causal de inhabilidad que se endilga al demandado (...) Dicha interpretación consulta en mayor grado la garantía del derecho político y, a la vez otorga fuerza superior no sólo al carácter restrictivo de las inhabilidades sino también y, por sobre todo, al principio de favorabilidad del demandado...”.

- Considera que “...el verdadero alcance del numeral 7º del artículo 38 de la ley 617 de 2000 (...) radica en que la prohibición sólo le es aplicable al elegido o al designado, más no a quien se desempeñó transitoriamente como alcalde encargado. Tal interpretación es válida porque no sólo consulta la lógica, la razonabilidad y la proporcionalidad de la limitante sino que deriva del propio contenido de la norma...”<sup>16</sup>.

- Dice la Magistrada que “... el riesgo potencial de que se obtengan favores electorales por cuenta de haber ejercido el cargo de alcalde, no es predicable del alcalde encargado que sólo se desempeñó por un breve lapso, de manera transitoria a título provisional”<sup>17</sup>. Apunta que exigir a quien de manera provisional se desempeñe como alcalde municipal a que tenga que esperar el transcurso de 24 meses luego de que finalice el encargo, “... restringe su derecho político a ser elegido, de orden superior y de naturaleza fundamental (...) afecta, en grado sumo, el derecho político de quien transitoriamente sirvió en este cargo” (Folio 40).

- Igualmente expresa que, “... la igualdad de los competidores a ser elegidos como alcalde municipal, respecto a quien también se lanza como candidato, habiéndose desempeñado provisionalmente como alcalde, se cumple con la prohibición que establece establece el art. 37 de la Ley 617 en el numeral 2º”<sup>18</sup>, y que por ende se le debe aplicar la inhabilidad de los 12 meses para poderse inscribir como candidato y no la más extensa y desfavorable de los 24 meses del artículo 39 de la misma ley<sup>19</sup>.

- Concluye la Magistrada Buitrago diciendo que el fallo de la mayoría de la Sala no es acertado, “Como quiera que en el caso objeto de estudio el demandado se desempeñó como alcalde en virtud de encargo que le hizo el Gobernador mediante el referido decreto, por el término mientras se posesionaba el nuevo alcalde popularmente elegido, permaneciendo en ejercicio por espacio de 1 mes y 12 días, es claro que el señor Ferney Humberto Lozano, al inscribirse como candidato a alcalde del mismo municipio el día tres (3) de agosto de 2006,

17 meses y 25 días después, no incurrió en la inhabilidad que sirve de sustento a la demanda” (Negrilla fuera del texto).

2. Pruebas referentes a las decisiones tomadas por el señor Ferney Humberto Lozano Camelo durante su encargo en la Alcaldía Municipal de Jumbo del 23 de marzo de 2006 al 2 de mayo de 2006

Como se ha anotado anteriormente, procede la Sala a reseñar las principales decisiones tomadas por el accionante como alcalde, cuya importancia es indiscutible para el análisis de la parte considerativa de la presente providencia.

2. Decreto No 116 del 27 de marzo de 2006, “Por medio del cual se efectúa un encargo”. Mediante este acto se encargó al señor Douglas Sttuard Román López como Secretario de Despacho de la Secretaría Jurídica en tanto durara el permiso remunerado y el disfrute de las vacaciones del señor Carlos Alberto Urresta Ricci, titular de dicho cargo.

3. Decreto No 117 del 28 de marzo de 2006, “Por medio del cual se efectúa un nombramiento con carácter ordinario”. En virtud de este decreto se nombró, con carácter ordinario, a la señora Martha Lucía Valencia Montenegro en el cargo de Jefe de Oficina, Código 006, Grado 01, de la Oficina de Control Interno en el cargo que ostentaba John Jairo Girón Bermúdez quien renunció a dicho cargo al ser nombrado Secretario del despacho.

1. Decreto No 118 del 28 de marzo de 2006, “Por el cual se prorroga una licencia no remunerada a un servidor público”. En razón de este acto administrativo se prorrogó por el término de treinta días más la licencia no remunerada de la que venía gozando el señor Ramiro Vivas Henao, quien se desempeñaba como Obrero de Apoyo, al servicio del Municipio de Yumbo.

1. Decreto No 119 del 29 de marzo de 2006, “Por medio del cual se delega el representante del Alcalde ante la Junta Directiva del Hospital Local ‘La Buena Esperanza’ del Municipio de

Yumbo". Se delegó al señor Jhon Jairo Girón Bermúdez.

1. Decreto No 120 del 29 de marzo de 2006. Se delega al señor Jhon Jairo Girón Bermúdez como representante del Alcalde ante la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Empresa de Servicios Públicos de Yumbo E.S.P E.I.C.E "ESPY".

1. Decreto No 121 del 30 de marzo de 2006, "Por medio del cual se delega el representante del Alcalde ante la Junta Directiva del Imdery". Fue delegado el señor Álvaro Posso García ante la citada Junta Directiva de dicha entidad.

1. Decreto Extraordinario No 122 del 31 de marzo de 2006 "Por el cual se modifica el presupuesto de ingresos y gastos del Municipio de Yumbo de la vigencia fiscal de 2006". Que de acuerdo con los artículos 79 y 80 del Decreto 111 de 1996 y los numerales 1 y 3 del artículo 97 del Acuerdo 003 de 1997, se establece la posibilidad durante la ejecución presupuestal, de efectuar traslados y abrir créditos adicionales al Presupuesto por parte del Concejo o del Alcalde, para aumentar el monto de apropiaciones, ampliar servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley. Para ello se contra acreditaron las apropiaciones dirigidas a reactivación económica, a desarrollo económico, a promoción del empleo y al Fondo de Compensación Presupuestal, las cuales contaban cada una con un rubro de doscientos sesenta millones de pesos (\$260.000.000).

De esta manera, se trasladaron dichos recursos para el Fondo Local de Salud, para Protección y Asistencia social, para Bienestar social integral y para Salud Subsidiada para la población del Municipio de Yumbo. Cada una de estas nuevas asignaciones contó con doscientos sesenta millones de pesos (\$260.000.000) para un total de transferencias de fondos de mil cuarenta millones de pesos (\$ 1.040.000.000), de la siguiente manera:

Código

Descripción

Valor

Sector

022018

Reactivación Económica

260.000.000

Programa

022018002

Desarrollo Económico

260.000.000

Subprograma

022018000201

Promoción del Empleo

260.000.000

Clasificador

0220180020103

R.P Fondo de Compensación Presupuesta

260.000.000

Código

Descripción

Sector

022007

Fondo Local de Salud

260.000.000

Programa

022007001

Protección y asistencia social

260.000.000

Subprograma

022018000201

Bienestar Social Integral

260.000.000

Clasificador

0220180020103

R.P

Salud Subsidiada para la población del Municipio de Yumbo

260.000.000

1. Decreto No 127 del 6 de abril de 2006, "Por medio del cual se crean los grupos de trabajo de la Secretaría de Gestión Humana y Recursos Físicos". Por medio del Decreto No 229 de 2009, que expidió facultades extraordinarias otorgadas por el Concejo Municipal, se modificó la estructura orgánica de la Administración central de Yumbo. Que en consonancia con el

artículo 115 de la Ley 489 de 1998, el decreto 229 de 2005 señaló en su artículo 7º que el Alcalde puede crear y organizar, con carácter permanente o transitorio, grupos de trabajo con el fin de atender las necesidades del servicio y cumplir con eficiencia los objetivos, políticas y programas de la entidad. Que se requiere crear grupos de trabajo al interior. Se decreta la conformación del Grupo Talento Humano, del Grupo Administrativo y del Grupo Almacén; se establece su misión; se asignan responsabilidades básicas a los grupos; y se regula el tema de la dirección y coordinación de los grupos de trabajo permanentes y la distribución del personal.

1. Decreto No 128 del 6 de abril de 2006, "Por medio del cual se modifica el artículo primero del Decreto No. 063 de enero 13 de 2006". Considerando que el Decreto No. 063 fijó las tarifas para la prestación del servicio público de transporte terrestre en vehículo tipo taxi y que no estipuló la contraprestación económica para los períodos nocturnos, dominicales y días festivos, la Alcaldía Municipal decretó un recargo nocturno, dominical y festivo de doscientos pesos (\$200 pesos) al igual que determinó las horas en las cuales se cobra el mencionado recargo (de 10:00 p.m. a 6:00 a.m.). Dicho aumento se estableció con base en los derechos de petición elevados por el gremio transportador SERVITAXIS Y ASODETRANSYUMBO.

1. Decreto No 130 de 2006 de 7 de abril de 2006, "Por medio del cual se declara la Emergencia en el Municipio de Yumbo". En este decreto se declara la Emergencia en el Municipio de Yumbo debido a la ola invernal. La emergencia se decreta con base en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

1. Decreto 136 del 19 de abril de 2006, "Por medio del cual se efectúa un encargo". Se acepta la renuncia de Carlos Alberto Urresta Ricci y se encargó al señor Douglas Sttuard Román López como Secretario de Despacho de la Secretaría Jurídica como consecuencia de la renuncia del titular del cargo.

1. Decreto 140 del 20 de abril de 2006, “Por medio del cual se delega el representante del Alcalde ante la Junta Directiva de la Plaza de Mercado del Municipio de Yumbo”. Con dicha finalidad, se delega al señor Francisco Chaverra.

1. Contrato de Prestación de Servicios sin formalidades Plenas de 27 de abril de 2006. En donde se contrata a Elizabeth Paladines de Bernal propietaria del establecimiento de Comercio “Asadero Oh que rico” suministrar 750 almuerzos y 750 refrigerios a los servidores públicos vinculados a la comisión electoral. El contrato tiene un valor de siete millones seiscientos sesenta y dos mil pesos mtce. (\$7.662.000)

1. Contrato de Arrendamiento de Transportes entre el Municipio de Yumbo y la Cooperativa de Transportes ciudad de Yumbo de 28 de abril de 2006. Se contrata el servicio de 19 vehículos para transportar a los servidores públicos y garantizar el proceso democrático en las elecciones para elegir Alcalde Municipal por un valor de tres millones quinientos noventa y tres mil trescientos veinticuatro pesos (\$3.593.325)

1. Contrato de Prestación de Servicio Municipio de Yumbo - Benemérito cuerpo de bomberos voluntarios de Yumbo para la Prevención y atención de emergencias en el municipio de Yumbo realizado el 28 de abril de 2006. Contratar con el cuerpo voluntario de bomberos para la prevención y atención de incendios y demás emergencias y siniestros por un valor de seiscientos cincuenta y cuatro millones de pesos mcte (\$654.000.000). El Comité Local para la prevención y atención de desastres de Yumbo CLOPAD coordinado por Lauro Enrique Drada Rengifo había recomendado el 6 de abril de 2007 que por la ola invernal y la alerta amarilla decretada por el Gobierno Departamental del Valle del Cauca se hacía necesario la contratación de los servicios de cuerpo de Bomberos Voluntarios de Yumbo por el valor de seiscientos millones de pesos mcte (\$600.000.000).

1. Contrato de Compraventa de insumos y elementos de oficina realizado el 27 de abril de 2006. Compraventa de insumos requeridos para el apoyo a elecciones electorales entre el Municipio de Yumbo y Martha Isabel Taborda M.I.T. por un valor de nueve millones trescientos setenta y cinco mil seiscientos veintiún pesos mcte. (\$9.375.621.00).

3. Acción de Tutela presentada contra la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo

3.1 El demandante Ferney Humberto Lozano Camelo, por medio de su representante, presenta acción de tutela contra la sentencia del 31 de julio de 2009 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo, por la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P), al derecho que tiene todo ciudadano a elegir y ser elegido y el desempeño de funciones públicas (art. 40 C.P).

3.2 Los hechos de la demanda presentados en la acción de tutela son los siguientes:

- En virtud de haber sido declarada la nulidad de la elección del alcalde de Yumbo-Valle del Cauca por el Consejo de Estado en sentencia de 15 de diciembre de 2005, el Gobernador de ese departamento mediante Decreto 0150 de 23 de marzo de 2006, encargó a Ferney Humberto Lozano Camelo de la alcaldía de ese municipio mientras se elegía quien debía reemplazar al alcalde anterior.

- El señor Ferney Humberto Lozano Camelo, tomó posesión como Alcalde encargado el mismo día 23 de marzo de 2006, y desempeñó sus funciones por el término de un (1) mes y doce (12) días, esto es, hasta el 3 de mayo de 2006.

- El señor Ferney Humberto Lozano Camelo quince (15) meses después de haber hecho dejación de las funciones transitorias como alcalde encargado del municipio de Yumbo, fue elegido popularmente el 28 de octubre de 2007 como alcalde de ese municipio para el período 2008-2011 y así lo declaró la Comisión Escrutadora respectiva.

- El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia de 27 de mayo de 2008 denegó las pretensiones de la demanda de nulidad de la elección de Ferney Humberto Lozano Camelo como alcalde de Yumbo, que había sido presentada por la ciudadana Daisy Narcisa Mancilla Angulo, por cuanto consideró que no se configuró la inhabilidad

contemplada en los artículos 38 y 39 de la Ley 617 de 2000, en cuanto lo que en ello se consagra es una incompatibilidad y no una inhabilidad.

1. Los Fundamentos de Derecho que expone el accionante, indican que:

- En este caso se utiliza la tutela contra providencias judiciales siguiendo los presupuestos del artículo 86 de la C.N. para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que ellos hayan sido vulnerados o sea inminente su vulneración.

- Es palmario que el ciudadano Ferney Humberto Lozano Camelo “no cuenta con otro medio de defensa judicial a la luz de la normatividad que regula la jurisdicción contenciosa administrativa. Lo anterior significa que el único medio judicial a disposición de la parte agraviada por la vulneración de los derechos fundamentales a elegir, ser elegido y desempeñar funciones públicas que consagra el artículo 40 de la Constitución Política, conculcados con el fallo de segunda instancia, es la acción de tutela”.

-“En jurisprudencia múltiples veces reiterada por la Corte Constitucional, cuando una providencia judicial tiene la apariencia externa de tal pero se encuentra en contravía del ordenamiento jurídico, deja de ser entonces un acto jurídicamente legítimo y constituye una ‘vía de hecho judicial’. Los distintos motivos que la configuran, a juicio de la Corte Constitucional constituyen una arbitrariedad en cuanto son ‘una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial’, como expresó la Corte en sentencia T-231 de 1994”

- El demandante enumera las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (“Vía de hecho judicial”) que se sintetiza en la jurisprudencia T - 130 de 200920, y específica que en el caso concreto se estaría incurriendo por parte de la sentencia del Consejo de Estado en un defecto sustantivo por un grave error de interpretación de las normas “el cual puede darse por desconocimiento de las sentencias con efecto erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución” (Negrillas fuera del texto).

- El actor cita como precedente de este tipo de causal las sentencias T-1625 de 2000, T-1031

de 2001, SU-1184 de 2001 y T-047 de 2005. En estos casos dice el demandante, "... si bien el juez de la causa es quien fija el alcance a la norma que aplica, no puede hacerlo en oposición a los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que se ajuste a la Carta Política". (Folio 5)

- Apunta el demandante que "Como resulta evidente en este caso, la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 31 de julio de 2009, es constitutiva de una vía de hecho judicial - causales de procedibilidad de la acción de tutela-, por las razones que a continuación se expresan".

- En primer lugar, el demandante considera que la decisión viola el numeral 1º el artículo 40 de la C.N que establece el derecho de todo ciudadano de elegir y ser elegido. También violaría el numeral 7º del mismo artículo que le confiere a todo ciudadano el derecho a acceder al desempeño de funciones o cargos públicos...". Considera el demandante que las restricciones a estos derechos solo pueden ser establecidos directamente por la Constitución "o por la ley, cuando expresamente ha sido autorizado al legislador para el efecto por la Constitución".

- Manifiesta que en la Constitución se le dio potestad al legislador para regular las inhabilidades e incompatibilidades de "los ciudadanos elegidos por el voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales" (art. 293 de la C.N)<sup>21</sup>.

- Indica que "Desde antiguo se ha establecido que la inhabilidad para ser elegido o designado en un cargo público, no es lo mismo, sino por completo diferente de la incompatibilidad en que puede incurrir un servidor público en el desempeño de su cargo" (Negrilla fuera del texto).

- Cita la jurisprudencia del 22 de enero de 2002 de la Sala Plena del Consejo de Estado que estableció que las inhabilidades son "aquellas circunstancias personales previas a la elección creadas por la Constitución o la ley que imposibilitan que un ciudadano sea elegido"<sup>22</sup>. Y complementa diciendo que, "Por tal razón, las inhabilidades son, por esencia, una limitación al derecho político que les permite a los ciudadanos elegir o ser elegido para el desempeño de funciones públicas". Es decir constituyen una restricción a un derecho político de carácter fundamental en un Estado democrático (Folio 7).

- Citando la misma jurisprudencia con relación a las inhabilidades indica que “dado su carácter prohibitivo, su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica”<sup>23</sup>.

- En cuanto a la definición de las incompatibilidades cita la sentencia C-349 de 1994 en donde se indicó que “el señalamiento constitucional de incompatibilidades implica necesariamente la consagración de límites y excepciones a la actividad de la persona, la cual no estaría cobijada por ellos sino fuera por el cargo que desempeña. Desde ese punto de vista comporta un trato diferente al aplicable para los demás pero justificado en razón de los superiores intereses públicos. La incompatibilidad significa imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades...”. (Negrillas fuera del texto).

- Distingue las incompatibilidades de las inhabilidades y apunta que “mientras la inhabilidad es un hecho impeditivo de la elección válida, la incompatibilidad parte del supuesto de que alguien fue elegido o designado y ejerce un cargo determinado en razón de lo cual le está vedado realizar una actuación expresamente señalada por la ley”<sup>24</sup>.

- Analizando el caso concreto explica que el numeral 7º del artículo 96 de la ley 136 de 1994 que establecía como causal de incompatibilidad para inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular “durante el período correspondiente y durante los seis meses siguientes al desempeño del mismo...”, fue modificado por el numeral 7º del artículo 38 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000.

- En dicha normatividad se establece lo siguiente: “ARTICULO 38. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán: 7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido”. “ARTICULO 39. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL DISTRITAL. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción”.

- Dice “que dejando de lado la discusión en torno a sí por vía interpretativa lo que el legislador expresamente calificó como incompatibilidad puede ser entendido como una inhabilidad dado que unas y otras son de derecho estricto y de interpretación restrictiva, fluye de bulto y sin mayores esfuerzos que el legislador en el artículo 38, numeral 7, de la Ley 617 de 2000 estableció una prohibición de ‘inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido’. de la cual son destinatarios los alcaldes, así como a los que los reemplacen en el ejercicio del cargo, prohibición que será de veinticuatro meses en la respectiva circunscripción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 39 de la misma ley”. (Folio 8) (Negrillas fuera del texto).

- Citando la reforma del Acto Legislativo 02 de 2002 en donde se reguló el período de los alcaldes, y lo relacionado con la faltas absolutas y relativas de éstos explicó que, “si se presenta falta absoluta de un alcalde municipal durante su período, el reemplazo puede ser elegido popularmente o designado por el gobernador, dependiendo del tiempo que falta para completar el período institucional. En estos casos, existe reemplazo del alcalde que falta absolutamente, por uno nuevo”.

- Para el tutelante la circunstancia de la elección o la designación del alcalde por las faltas absolutas es diferente a la situación de encargo. En este sentido afirma que: “Cosa distinta por completo es que acéfala la alcaldía por falta absoluta de su titular, y mientras se realiza la elección en un caso, o se provee el cargo por el resto del período, en el otro, se encargue transitoriamente a un ciudadano de la alcaldía municipal. El encargo como situación administrativa precaria, particular y específica, es distinta de una elección o nombramiento por el resto del período. Ello significa, que el encargo es una situación administrativa meramente transitoria, que, en ningún caso comporta la terminación del período institucional, bien por elección ya por nombramiento del gobernador conforme a la Constitución. Es decir, el encargo no fue previsto como situación administrativa especial en el artículo 314 de la Constitución.” (Negrillas fuera del texto).

- Teniendo en cuenta esta circunstancia afirma que:

“La restricción que para el derecho a elegir y ser elegido establece el artículo 38 de la ley 617 de 2000, debe ser interpretada, en pro de los derechos fundamentales, de manera estricta y restringida. Ello significa, que si el legislador prohibió a los alcaldes ‘inscribirse

como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido’, es esa la prohibición y no otra. Es decir, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, incurrió en protuberante yerro sustantivo cuando a esa norma de claridad absoluta le agregó, por su propia cuenta, que ‘la prohibición también se extiende a quien desempeñe la alcaldía como encargado’. Porque eso y no otra cosa es lo que en resumen se dice en la sentencia, con lo cual se asume la función de legislador a pretexto de la interpretación de la norma para la aplicación del derecho” (Negrillas fuera del texto).

- Indica que el alcalde electo para el período constitucional 2008-2011, “(i) jamás fue elegido antes de esa fecha como alcalde de ese municipio; (ii) tampoco fue designado para el resto del período institucional como alcalde; y (iii) simplemente fue encargado transitoriamente mientras se reemplazaba al alcalde anterior”. Mostrando, en su sentir, “que la prohibición contemplada en el artículo 38-7 de la ley 617 de 2000 no le era aplicable, pues en ejercicio de su derecho político a ser elegido y a desempeñar funciones públicas, se presentó como candidato a la alcaldía municipal de Yumbo siendo elegido diecisiete meses y veinticinco días después de haber cesado en el encargo que le había sido conferido de manera transitoria”. (Folio 9) (Negrillas fuera del texto).

- Para el apoderado del depuesto alcalde, “el Consejo de Estado incurrió en una interpretación extensiva de la norma prohibitiva contemplada en el artículo 38-7 de la Ley 617 de 2000, le dio en consecuencia aplicación al artículo 39 de la misma y, por ello, al asumir la posición del legislador no dictó la sentencia conforme al derecho positivo, que para el caso es el derecho legislado que solo puede ser extendido a casos inicialmente no previstos por el mismo legislador...” (Folio 9 y 10) (Negrillas fuera del texto).

- Finalmente para el tutelante y de conformidad con las Sentencia T-130 de 2009 y T-087 de 2007 se estaría dando el supuesto de la vía de hecho o las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. Concluye el demandante diciendo que en el caso de la nulidad de la elección del Alcalde de Yumbo “resulta claro que fueron aplicados los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 a una situación fáctica no prevista en ellos, como ya se demostró, situación esta constitutiva de un defecto sustantivo”.(Negrilla fuera del texto).

- En las pretensiones el tutelante solicita que: 1. Se declare que la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, el 31 de julio de 2009, es constitutiva de una vía de hecho, violatoria de los derechos fundamentales de Ferney Humberto Lozano Camelo a elegir, ser elegido y desempeñar funciones públicas consagradas en el artículo 40 de la Constitución Política, 2. Dejar sin efecto la sentencia aludida en el numeral anterior.

- Anexo a la demanda se da una “Solicitud de Medida Provisional” conforme al artículo 7 de Decreto 2591 de 1991 para que se suspenda de forma inmediata lo resuelto en la sentencia de 31 de julio de 2009 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, que anuló la elección del ciudadano Ferney Humberto Lozano Camelo<sup>25</sup>.

## II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de primera instancia.

1. La Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, el 12 de noviembre de 2009, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, denegó la tutela presentada contra la decisión de la Sección Quinta, Sala Administrativa del Consejo de Estado de 31 de julio de 2009, que anuló el acto de elección de Ferney Humberto Lozano Camelo como alcalde del municipio de Yumbo, período constitucional 2008-2011, y ordenó la práctica de nuevas elecciones en el municipio.

2. En dicha decisión la Sección Primera del Consejo de Estado consideró que, “La acción de tutela no es procedente para dirimir derechos litigiosos que provengan de la interpretación de la ley, tampoco para resolver conflictos judiciales cuyas competencias se encuentren claramente señaladas en el ordenamiento jurídico colombiano, pues con ello se llegaría a la errada conclusión de que el juez de tutela puede sustituir al juez ordinario, con excepción de los casos en los cuales se configura una violación de los derechos fundamentales y sea inminente la existencia de un perjuicio irremediable”.

3. Considera la Sección Primera que, “solo excepcionalmente en los casos en que una providencia judicial vulnera el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia. La Sala ha venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando

la parte perjudicada con tal providencia no cuente con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados”<sup>26</sup>.

4. La Sala reitera que en el caso sub lite no cabe la acción de tutela porque se “...brindó a las partes la plena posibilidad de hacer valer todos los derechos que le asisten, razón por la que dispondrá confirmar el fallo impugnado...”. Finaliza la sentencia apuntando que en este caso la tutela no procede porque ésta es un mecanismo transitorio y “...el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es el recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 185 del C.C.A, configurándose de esta manera una de las causales de improcedencia de la acción de tutela”.

5. La Sala de Selección Número 01 del día veinticinco (25) de enero del 2010 decidió seleccionar la tutela T-2.515.786 objeto de esta demanda.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

#### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Problema Jurídico a resolver

2.1. Determinar si la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo en la sentencia del 31 de julio de 2009, que decidió anular el acto de elección del ciudadano Ferney Humberto Lozano Camelo como alcalde del municipio de Yumbo, para el período constitucional 2008-2011, y como consecuencia ordenó la realización de nuevas elecciones en dicho municipio. A su vez, la Corte determinará si con dicho fallo se realizó una interpretación extensiva errónea de carácter inconstitucional de las normas sobre incompatibilidades contempladas en el numeral 7º del artículo 38 y en el artículo 39 de la ley 617 de 2000, y si con el fallo de la Sección Quinta se violó el presupuesto de la conexidad material, incurriendo en una vía de hecho de carácter sustancial. La Corte analizará la ocurrencia de la “vía de hecho” en el caso concreto, teniendo en cuenta si con la interpretación realizada en la sentencia se violaron o no los derechos fundamentales al

debido proceso, el derecho político a elegir y ser elegido y el derecho al desempeño de funciones y cargos públicos del actor, contemplados en los artículos 29 y 40 (numerales 1 y 7) de la Constitución política, respectivamente.

2.2 Para solucionar el problema jurídico, la Corte analizará los siguientes puntos: en primer lugar (i) la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, aspectos generales y especiales relacionadas con la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo por interpretación extensiva errónea y falta de conexidad material de la norma de acuerdo con los presupuestos del caso; (ii) la interpretación que se realizó en la sentencia de 31 de julio de 2009 del numeral 7º del artículo 38 y 39 de la ley 617 de 2000 con relación a la definición y diferenciación entre incompatibilidades e inhabilidades, los aspectos problemáticos de interpretación con relación a la situación de “encargo”, la nulidad electoral como consecuencia de la interpretación aplicada y el precedente utilizado por el Consejo de Estado para tomar la decisión; en tercer término (iii) lo relacionado con las medidas provisionales pedidas por el actor y por último, (iv) la decisión de la Sala.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Evolución y reiteración de jurisprudencia.

3.1 La acción de tutela contra providencias judiciales ha sido uno de los aspectos más debatidos en la historia del recurso de amparo en Colombia. En una primera etapa se tuvo en cuenta dicha posibilidad de impugnación con base en la interpretación del mismo artículo 86 de la C.P, según el cual la acción de tutela procede “contra cualquier autoridad pública”.

3.2 Empero, la sentencia C-543 de 1992 declaró la inexecutable de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que daban la posibilidad de interponer la tutela contra providencias judiciales por considerar que desvirtuaban las reglas de competencia de la acción de tutela fijadas por la Constitución Política. No obstante lo anterior, y en la misma providencia se previno que frente a ciertas actuaciones de hecho imputables al funcionario judicial que desconocieran o amenazaren los derechos fundamentales sí resulta procedente la acción de tutela porque, “En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”<sup>27</sup>.

3.3 Con esta interpretación la Corte acoge desde entonces la tesis de que los operadores jurídicos al tomar decisiones judiciales pueden llegar a equivocarse, actuar arbitrariamente o con negligencia y de esta manera vulnerar los derechos fundamentales de las personas que acuden al sistema judicial y por ende es procedente la tutela. La Corte poco a poco ha ido decantando la jurisprudencia en este sentido y ha reconocido la posibilidad de impugnar a través de la acción de tutela, providencias judiciales por la vulneración de los derechos fundamentales.

3.4 Las sentencias proferidas inmediatamente después de la sentencia C-543 de 1992, como la T-079 de 199328 y T-158 de 199329, precisaron un conjunto de defectos que podrían llegar a justificar el amparo de derechos fundamentales de aquellos ciudadanos que acuden a la administración de justicia para la solución de sus conflictos, como la ausencia de fundamento objetivo de la decisión judicial o que el juez profiriera la providencia arrogándose prerrogativas no previstas en la ley.

3.5 En esa dirección, la sentencia T-231 de 1994 trazó pautas orientadas a delimitar el enunciado “vía de hecho” respecto de providencias judiciales, para lo cual señaló los siguientes vicios que harían viable la acción de tutela contra aquellas: (1) defecto sustantivo; (2) defecto fáctico; (3) defecto orgánico; (4) defecto procedimental; doctrina constitucional que fue precisada y reiterada en varias sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1185 de 2001 y SU-159 de 2002.

3.6 Desde la sentencia T-462 de 200330, la Corte revaluó el concepto de “vía de hecho”, que había sido definido como el acto absolutamente caprichoso, arbitrario<sup>31</sup> y grosero, y estableció que dicha posibilidad de accionar se denominará “causales genéricas de procedibilidad”<sup>32</sup> de la acción de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, en la sentencia T-462 de 2003, explicó que el cambio de denominación se debió a la “... urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado...”

3.7 Cuota importante en la mencionada evolución la aportó la Sentencia C-590 de 2005<sup>33</sup>, en donde los precedentes jurisprudenciales adoptados por vía de tutela se vieron corroborados a través de una sentencia de constitucionalidad con efectos erga omnes<sup>34</sup>. En dicha jurisprudencia se enumeraron varias causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que se necesitan acreditar para que ésta proceda. En primer lugar se enumera el (i) Defecto orgánico que se presenta “cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”; en segundo lugar (ii) el Defecto procedimental absoluto “que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”; en tercer término (iii) el Defecto fáctico “que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”; en cuarto lugar (iv) el Defecto material o sustantivo “como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>35</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”; en quinto lugar (v) Error inducido, “que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”; en sexto término (vi) Decisión sin motivación, “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”; en séptimo lugar (vii). Desconocimiento del precedente cuando “(...) la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variarían, si hubiera atendido a la jurisprudencia.<sup>36</sup>; en octavo lugar (viii) Violación directa de la Constitución, en eventos, “... en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.” (Negrilla fuera de texto)

3.8 Esta clasificación se ha venido complementando en tutelas puntuales, como la T-018 de 2008<sup>37</sup>, en donde clasificó las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela en el caso del defecto sustantivo de dos formas. La primera (i) cuando la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable porque (a) ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (b) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (c) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional<sup>38</sup>(d) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional<sup>39</sup> o, (e) porque, a pesar de estar vigente y ser

constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador<sup>40</sup>.

3.9 Por otra parte, y en segundo lugar (ii), se puede dar el defecto sustantivo por grave error en la interpretación, en este caso la Corte ha establecido, siguiendo la misma jurisprudencia, que "...la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho...". Además considera la Corte que, "... pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones de la Constitución o la ley. Ha recordado que la justicia se administra con sujeción a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, tales como, de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, de favorabilidad, pro homine, entre otros. (Artículos 6°, 29, 228 y 230 de la Constitución Política)".

3.10 Una vez estudiada la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala analizará en el siguiente acápite si se cumplen con las condiciones generales de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto.

4. Verificación de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

Siguiendo lo dispuesto en la sentencia C-590 de 2005<sup>41</sup>, a continuación la Sala procederá a verificar en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y que se refieren a la (i) relevancia constitucional; (ii) la subsidiariedad o el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios; (iii) la inmediatez; (iv) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible. No tendrá en cuenta la Sala en esta ocasión el requisito de la irregularidad

procesal<sup>42</sup> ni tampoco que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela, por no ser pertinentes dichas causales en el estudio del caso concreto.

4.1. Relevancia Constitucional: el asunto planteado a esta Sala de Revisión posee relevancia constitucional, por lo menos, por las siguientes razones: (i) hace referencia a la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P.) y el derecho que tiene todo ciudadano a elegir y ser elegido y al desempeño de funciones públicas (art. 40) del señor Ferney Humberto Lozano Camelo. Estas consideraciones son suficientes para dar por cumplido el requisito.

4.2 Subsidiariedad o el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios:

4.2.1 El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales, en tanto vía judicial residual y subsidiaria<sup>43</sup>, que ofrece una protección inmediata<sup>44</sup> y efectiva en ausencia de otros medios ordinarios de defensa judicial, o en presencia de estos, cuando se tramita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>45</sup> a los derechos fundamentales.

4.2.2 Uno de los presupuestos generales de la acción de tutela consiste en la subsidiariedad de la acción que consiste en que el recurso solo procede cuando se hayan agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto<sup>46</sup>. Esta exigencia pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador.<sup>47</sup> Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas<sup>48</sup> en los procesos jurisdiccionales ordinarios<sup>49</sup>.

4.2.3 Así, puede proceder la acción de tutela contra una providencia judicial en dos eventos: (i) cuando ante la vulneración ostensible de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones de los operadores jurídicos que vulneren de manera grave o inminente tales derechos<sup>50</sup>, no exista otro medio de defensa judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados y la actuación judicial acusada constituya una vía de hecho o, (ii)

cuando se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en materia de derechos fundamentales.<sup>51</sup> Esta segunda hipótesis tiene lugar especialmente, cuando a la fecha de presentación de la tutela aún está pendiente alguna diligencia o instancia procesal, pero la protección constitucional provisional se requiere de manera urgente para evitar el perjuicio irremediable. En estos casos, naturalmente, la actuación constitucional resulta generalmente transitoria.

4.2.4 En el caso concreto, el demandante alega que “no cuenta con otro medio de defensa judicial a la luz de la normatividad que regula la jurisdicción contenciosa administrativa”, mientras que la Sección Primera del Consejo de Estado, que conoció la tutela en primera instancia expresa que la tutela no procede porque “el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es el recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 185 del C.C.A...”. Teniendo en cuenta esta divergencia en la interpretación del requisito de subsidiariedad, pasa la Sala a determinar la procedencia o no de la acción de tutela en el caso concreto.

4.2.5 En el caso examinado resulta ineficaz la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo contra la sentencia que decidió la acción electoral, pues si bien se trata de una sentencia ejecutoriada proferida por una Sección del Consejo de Estado, ninguna de las causales que en forma taxativa contempla el artículo 188 del referido estatuto, encuadra dentro de la situación fáctica que se expone en la presente acción de tutela. En efecto, el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo establece que son causales de revisión:

1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
3. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar

4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.

6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

7. Haberse dictado la sentencia con base en el dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a la revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

Como se aprecia en los casos enumerados no se incluye la posibilidad de que se pueda revisar la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado por indebida interpretación de la norma o defecto sustancial que de lugar a una vía de hecho o a una abierta arbitrariedad. Tampoco se podría interponer el recurso extraordinario de súplica, que como mecanismo procesal procedía contra esta clase de providencias, porque fue derogado de manera expresa por el artículo 2° de la Ley 954 del 27 de abril de 2005<sup>52</sup>. De tal manera, que en el caso concreto, como manifiesta el demandante, la acción de tutela sí es procedente como mecanismo subsidiario ya que el accionante no cuenta con otro recurso judicial para controvertir la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

#### 4.3 Inmediatez:

4.3.1 Esta exigencia jurisprudencial reclama la verificación de una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales<sup>53</sup>. De tal manera que la acción de tutela solo es procedente cuando existe un plazo razonable, prudencial y proporcionado respecto a la vulneración del derecho que se dio con la providencia judicial<sup>54</sup>. Dicho plazo se analizará en el caso concreto y teniendo en cuenta el presupuesto de la seguridad jurídica y la necesidad<sup>55</sup>.

4.3.2 En el caso concreto la acción de tutela se presentó por parte del demandante el 28 de agosto de 2009, tan solo 28 días después de haberse proferido la sentencia de nulidad emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 31 de julio de 2009. Por ende, comprueba la Sala que el recurso fue interpuesto oportunamente y cumple con el requisito de inmediatez.

4.4 Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible.

Se comprueba por parte de la Sala que en el caso concreto el actor ha identificado, de forma razonable, los hechos que en su entender generan la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P) y al derecho que tiene todo ciudadano a elegir y ser elegido y el desempeño de funciones públicas (art. 40), por la interpretación que se da por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado del artículo 38 y 39 de la ley 617 de 2000, y que sirvió de sustento para la anulación de la elección del demandante.

4.5 Una vez, superado el análisis de las condiciones generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, procede la Sala a realizar el estudio de la vulneración de los derechos fundamentales en el caso concreto, teniendo en cuenta las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, que se refieren al defecto sustantivo por errónea interpretación extensiva y por falta de conexidad material de la norma con los hechos fáctico.

4.6 Como se ha venido reseñando por parte de la Sala, la tutela contra providencias judiciales por “defecto sustantivo” se presenta “cuando la decisión tomada por el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen” o “cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”. Ya se había analizado en el numeral 3.8 de esta providencia que este tipo de defectos se pueden clasificar en dos: (i) cuando la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable<sup>56</sup> y (ii) por grave error en la interpretación.

4.7 En el caso concreto el demandante alega que sus derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P), al derecho a elegir y ser elegido y al desempeño de funciones públicas (art. 40 C.P), fueron vulnerados por la sentencia emitida por el la Sección Quinta del Consejo de Estado, al anular su elección mediante una interpretación extensiva errónea del art. 38 y

39 de la ley 617 de 2000 para el caso del encargo, y al no tener en cuenta el nexo causal entre el supuesto de hecho de la norma y los presupuestos fácticos del caso. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, la Sala estudiará en el siguiente acápite, si con la sentencia referida se vulneraron los derechos fundamentales del demandante Ferney Humberto Lozano Camelo.

5. Solución del caso concreto ¿Incurrió la Sala Quinta del Consejo de Estado en la sentencia de 31 de julio de 2009 en un defecto sustancial por interpretación errónea o por falta de conexidad material entre la norma con los presupuestos fácticos del caso?

En el presente acápite la Sala solucionará el caso concreto, dando respuesta a la pregunta de si con la sentencia de 31 de julio de 2009 incurrió la Sección Quinta del Consejo de Estado en un defecto sustancial por interpretación extensiva errónea y por falta de conexidad material de la norma con los presupuestos fácticos del caso. La Sala se concentrará especialmente en tres puntos de la sentencia que son discutidos por el actor. En primer lugar, se analizará la interpretación extensiva que realizó la Sección Quinta en lo concerniente a las incompatibilidades de los artículos 38 y 39 de la ley 617 de 2000; en segundo término, la Sala estudiará la interpretación dada por la Sección Quinta a la situación de “encargo” como sujeto destinatario de la incompatibilidad establecida en los artículos 38 y 39 de la ley 617; y por último, si en el caso concreto fue correcto aplicar la acción de nulidad electoral o si por el contrario se debió aplicar la sanción disciplinaria. Estos tres aspectos serán analizados verificando si la interpretación dada en la sentencia impugnada es errónea e inconstitucional, y si existe o no un nexo material de la norma con los presupuestos fácticos del caso.

5.1 Las inhabilidades e incompatibilidades reguladas en la ley 617 de 2000. Interpretación de las incompatibilidades como condiciones genéricas de inhabilidad o inelegibilidad. Ambigüedad del precepto y utilización del precedente en el caso concreto.

5.1.1 Como afirmó el Magistrado Valero Nisimblat en el Salvamento de Voto a la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso del Valle en el caso en estudio, el régimen de las inhabilidades, incompatibilidades y las causales de inelegibilidad, es un asunto complejo ya que en él pueden surgir diferentes interpretaciones<sup>57</sup>. Si por una parte, la doctrina y la jurisprudencia ha establecido que las inhabilidades se pueden entender como “...una circunstancia anterior a la elección, creada por la Constitución o la ley, que impiden que una

persona tenga acceso a un cargo o corporación pública...”<sup>58</sup> y que tendrían como objetivo principal “lograr la moralización, idoneidad, e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos...”<sup>59</sup>, también se ha dicho que “el fundamento de las inhabilidades pretende asegurar la libertad del elector, evitando que quien se encuentre en una situación que afecte el principio de igualdad electoral pueda concurrir a las elecciones...”<sup>60</sup>.

5.1.2 La Corte Constitucional ha establecido que las inhabilidades pueden ser definidas como “aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”<sup>61</sup>.

5.1.3 Del mismo modo, la Corte ha explicado que el sufragio pasivo o el derecho a ser elegido y a desempeñar funciones y cargos públicos, no es un derecho absoluto, sino que se encuentra limitado con relación a otros principios y derechos constitucionales. De tal manera que a través de las inhabilidades es posible someter dicho derecho a limitaciones con el objetivo de defender y garantizar el interés general y la igualdad de oportunidades de los que aspiran a ser elegidos<sup>62</sup>.

5.1.4 Por ende, la Constitución y la ley pueden establecer una serie de condiciones de inelegibilidad de los eventuales candidatos a determinado cargo de elección popular para garantizar la idoneidad y probidad de quienes van a ser elegidos<sup>63</sup>, evitar un conflicto de intereses personales y públicos de quienes aspiran a ocupar un cargo público<sup>64</sup>, prohibir la posibilidad de obtener ventajas abusivas con las posiciones de superioridad fáctica en que se encuentren los competidores electorales y de esta manera salvaguardar el principio de igualdad de oportunidades en la elección<sup>65</sup>.

5.1.5 Por otra parte, en la definición de las incompatibilidades, la doctrina es unánime en afirmar que se trata de “la imposibilidad que el funcionario o servidor público ejerza simultáneamente otro cargo, función o actividad que desvirtúen su mandato comprometiendo su independencia”<sup>66</sup>. De igual forma en la sentencia C-194 de 1995<sup>67</sup> se estableció con relación a las incompatibilidades del alcalde que “El artículo 293 de la

Constitución indica con claridad que, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales”.

Igualmente establece que, “En el ámbito municipal, se hace necesario que quienes tienen a su cargo la administración pública y la representación de los intereses generales de la localidad se dediquen íntegramente a la gestión que han asumido y, además, no puedan valerse de las posiciones que ocupan para derivar ventajas o beneficios particulares, razones que justifican el señalamiento de incompatibilidades, es decir, de aquellas gestiones o actividades que no pueden ejercerse de manera simultánea con el desempeño del cargo” (Negrilla fuera del texto).

5.1.6 No obstante lo anterior, la Corte Constitucional en la misma sentencia estableció en cuanto a la vigencia de las incompatibilidades, que es al legislador al que le corresponde decidir “...cuándo comienza y cuándo finaliza la vigencia de las incompatibilidades para los cargos públicos cuya regulación le ha sido encomendada por la Carta (...) Tal determinación resulta, además, indispensable, por razones de seguridad jurídica, puesto que la persona elegida debe tener exacto y previo conocimiento acerca de aquello que es incompatible con la dignidad que ostenta, así como también tiene derecho a saber el momento preciso en que le es exigible la observancia de las pertinentes normas y el tiempo durante el cual se extiende su aplicación” (Negrilla fuera del texto).

5.1.7 Igualmente la Corte en la misma jurisprudencias al analizar lo que tiene que ver con aquellas normas que extienden la vigencia de las incompatibilidades, dispuso que teniendo en cuenta una interpretación sistemática, éstas no deben denominarse incompatibilidades, sino “prohibiciones”, ya que en sentido estricto no se trata de incompatibilidades porque ya se ha dejado de ocupar el cargo por renuncia o culminación del período<sup>68</sup>. Sobre este punto dijo la Corte que “Un debido entendimiento de la norma demandada, bajo las perspectivas dichas y en desarrollo de una interpretación constitucional sistemática, permite concluir en su exequibilidad, aunque declarada bajo el supuesto de que, por una parte, en el texto legal se ha utilizado impropriamente el término ‘incompatibilidades’, cuando se hace referencia a los seis meses que siguen a la dejación del cargo, pues en realidad se trata de

prohibiciones...” (Negrillas fuera del texto).

5.1.8 Del mismo modo establece la Corte en dicha jurisprudencia que se hace una referencia impropia de la incompatibilidad al extenderla en un lapso de tiempo, en este caso, la figura se convierte en una inhabilidad genérica o en un presupuesto de inelegibilidad del eventual candidato. Sobre este aspecto dijo la Corte que, “... la norma acusada merece la misma crítica ya consignada en relación con el artículo 47, puesto que al ampliar, por fuera del tiempo en que se ejerce el cargo, la proscripción de una serie de ocupaciones y gestiones que en ese lapso posterior ya no pueden ser ‘incompatibles’ con la alcaldía por no existir simultaneidad, hace una referencia impropia, que en el caso del numeral 7 -relativo a la inscripción como candidato a cargos de elección popular- convierte la prohibición, anexa al empleo que se venía ejerciendo, en una inhabilidad genérica, referente a todo destino para el cual la persona pudiera ser escogida por el pueblo”. (Negrillas fuera del texto)

5.1.9 Ahora bien, la Corte estableció en la misma sentencia, que la extensión de la vigencia de las incompatibilidades “...debe guardar proporción con las finalidades perseguidas por el legislador al establecerlas y no puede implicar el sacrificio injustificado de los derechos constitucionalmente reconocidos a quien desempeñe el cargo”. Sin embargo, estableció que es al legislador al que le corresponde la facultad implícita de señalar las prohibiciones, que tienen como finalidad la “...guarda del interés público y (...) la claridad que debe prevalecer en las actuaciones de quien acaba de ser funcionario y hace tránsito al ejercicio de actividades privadas”.

5.1.10 Siguiendo esta lógica de argumentación, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del numeral 7º del artículo 96 de la Ley 134 de 1994, que establecía la prohibición de que los alcaldes se inscribieran como candidatos durante el período en el cual fue elegido y “y durante los seis (6) meses siguientes al mismo...”<sup>69</sup>. La razón de ser de la constitucionalidad de la extensión de la vigencia de la incompatibilidad se sustenta en la protección del interés general y en garantizar la igualdad de los candidatos en la elección para que no se tenga ninguna ventaja con relación al cargo que se ejerció con anterioridad a las elecciones.

5.1.11 En el caso sub judice se cuestiona por parte del demandante que en la sentencia de 31 de julio de 2009, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, se cometió una

interpretación errónea y se incurrió en un defecto sustantivo, al considerar "... que lo que el legislador expresamente calificó como incompatibilidad puede ser entendido como una inhabilidad dado que unas y otras son de derecho estricto y de interpretación restrictiva"<sup>70</sup>.

5.1.12 Como se ha venido analizando, aunque la denominación de incompatibilidad es impropia y hubiera sido mejor que el legislador las hubiera llamado prohibiciones, inhabilidades genéricas o condiciones de inelegibilidad, lo cierto es que en el caso concreto la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia de 31 de julio de 2009 no incurrió en una vía hecho o en un error manifiesto y grosero en la interpretación de los artículos 38 y 39 de la ley 617 de 2000, ya que como se ha establecido en la jurisprudencia constitucional reseñada, las incompatibilidades pueden extender su vigencia en el tiempo que determine el legislador en aras de proteger el interés público y la igualdad electoral. Por ende, considera la Sala que la interpretación sobre este punto no fue errónea ni se incurrió en un defecto sustantivo. Pasa la Sala a analizar lo que tiene que ver con la situación del encargo.

5.2 La situación de encargo como sujeto del supuesto de hecho de la incompatibilidad prevista en los artículos 38 y 39 de la ley 617 de 2000

5.2.1 Considera el demandante que la sentencia de 31 de julio de la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo por interpretación extensiva errónea, ya que el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos fácticos del caso. El demandante alega que en el caso del encargo no se puede extender los presupuestos de la incompatibilidad que se encuentran consagrados en el numeral 7º del artículo 38 y en el artículo 39 de la misma ley.

5.2.3 Como se ha venido analizando en los antecedentes de esta providencia, el numeral séptimo del artículo 38 de la ley 617 de 2000 establece que "Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán: 7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido", prohibición que se extiende en su vigencia durante el período constitucional y hasta veinticuatro (24) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia en la respectiva jurisdicción.

5.2.4 Si bien es cierto la comprensión del artículo 37 de la ley 617 de 2000 es ambigua, ya

que no hay correspondencia entre el encabezado y el numeral 7º en lo que tiene que ver con el sujeto destinatario de la norma,<sup>71</sup> el Consejo de Estado en la sentencia impugnada estableció que la situación de la designación, así como la del encargo temporal, puede acomodarse al supuesto de hecho de la norma.

5.2.5 La Sala analizará si la interpretación de la Sección Quinta de que el encabezado del artículo 38 de la ley 617 de 2000 “los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo”, se aplica también al alcalde encargado, y por ende se les extiende la vigencia de la incompatibilidad que prohíbe la inscripción como candidato hasta 24 meses después de haber desempeñado dicho cargo del artículo 39 de la misma normatividad, fue errónea, al hacer una extensión a una situación no prevista que rompe el nexo entre el contenido material de la norma y los presupuestos fácticos del caso.

5.2.6 La situación del encargo, en cuanto a la provisión de cargos de la rama ejecutiva del poder público, se define en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973 que establece que, “Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular...”. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha definido el encargo en la sentencia C- 428 de 199772 como “...una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos”.

5.2.7 Por otra parte, hay que anotar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, asimila a los alcaldes designados y encargados cuando se trata del régimen funcional y de responsabilidad, al establecer que “el alcalde designado o encargado asume todas y cada una de las funciones, prerrogativas y derechos del alcalde suspendido, pues la ley en ningún caso hace diferencia entre uno y otro...”<sup>73</sup> (Negrilla fuera del texto). Igualmente, se estableció en dicho concepto que “...respecto del alcalde designado operan las mismas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, así como las causales de suspensión y destitución previstas para el alcalde elegido popularmente”.

5.2.8 Por otra parte, se debe tener en cuenta que la Sección Quinta del Consejo de Estado en

la providencia impugnada tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial de la sentencia de 29 de enero de 2009, que anuló la elección de la alcaldesa de Jamundí por presupuestos fácticos análogos a los demandante. La Sección Quinta en dicha ocasión estableció que el numeral 7º del artículo 38 de la ley 617 de 2000 “...no distingue entre quienes son elegidos popularmente, los designados por el Gobernador o encargados por los mismos alcaldes para suplir sus faltas temporales, razón por la cual debe aplicarse el principio hermenéutico según el cual donde la ley no distingue no le es dable al intérprete distinguir” (Negrilla fuera del texto)74.

La interpretación de que el alcalde encargado también es sujeto del supuesto de hecho de la norma sobre las incompatibilidades y de la extensión de su vigencia, había sido acogida por la Sección Quinta del Consejo en la sentencia de 5 de octubre de 2001, en donde se estableció, como se reseña en la sentencia impugnada, que “el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura en inhabilidad, vale decir, no sólo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como por ejemplo en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo” (Negrilla fuera del texto).

5.2.9 Así mismo, la sentencia impugnada explica las razones de su decisión teniendo en cuenta la interpretación de que el encargo implica materialmente el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido, en este caso el de alcalde, y que la interpretación de que el encabezado del artículo 38, del numeral 7º del mismo artículo, y de la extensión de la vigencia de la prohibición de inscribirse a cualquier cargo de elección popular75 a los alcaldes encargados es la acertada y es constitucionalmente legítima, ya que tiene como fin “garantizar la igualdad de trato de los candidatos a ser elegidos alcaldes ... e impedir que los candidatos que hayan ejercido las funciones como alcalde dentro de los 24 meses anteriores a la inscripción influyan sobre los electores mediante las prerrogativas que se derivan de dicho cargo”.

5.2.10 Estima la Sala que la interpretación que se establece en la Sentencia de 31 de julio de 2009, por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado, no se puede considerar como una interpretación errónea de la norma que implique una ruptura del nexo causal entre el supuesto de hecho de la norma y los elementos fácticos del caso.

5.2.11 Como se explicó pormenorizadamente en el punto 2 de esta providencia el ciudadano Ferney Humberto Lozano Camelo en el mes (1) y doce (12) días que ejerció como alcalde encargado del municipio de Yumbo, desempeñó temporalmente las funciones administrativas propias del alcalde nombrando funcionarios<sup>76</sup>, delegando funcionarios como representantes del Alcalde<sup>77</sup>, realizando encargos<sup>78</sup>, efectuando traslados del presupuesto de ingreso y gastos<sup>79</sup>, realizando contrataciones directas<sup>80</sup> y tomando resoluciones gubernamentales que consideró importantes en el interés del municipio<sup>81</sup>. Por ende, considera la Sala que no es cierto, como afirma el demandante, que la situación de encargo sea una “situación administrativa precaria”. Lo anterior ya que durante el tiempo que se ejerce como alcalde encargado se cumplen las mismas funciones que el alcalde titular, dando lugar a que el ejercicio del poder durante ese lapso lo pueda favorecer como candidato y de esta manera pueda vulnerar el principio de igualdad de oportunidades en la elección.

5.2.12 En suma, la Sala considera que en el caso concreto la Sección Quinta del Consejo de Estado no fue arbitraria en la interpretación de la norma y por lo tanto no incurrió en los defectos sustantivos alegados por el actor.

5.2.13 Por otra parte, la Sala considera que la providencia objeto de esta demanda tuvo en cuenta no solo la normatividad prevista para resolver el caso, sino también el desarrollo jurisprudencial y el precedente que ha venido construyendo la Sección Quinta del Consejo de Estado en torno a la figura de la incompatibilidad y del encargo<sup>82</sup>, de tal manera que tampoco se puede calificar a la sentencia de arbitraria por falta de motivación de la decisión y estaría más bien cumpliendo con la obligación que tienen los jueces de seguir con el precedente horizontal<sup>83</sup>.

5.2.14 En el siguiente numeral pasa la Sala a estudiar si con la sentencia objeto de esta demanda se interpretó correctamente la sanción a imponer, es decir, si la consecuencia jurídica de la violación del artículo 7º del artículo 38 de la ley 617 de 2000 debía ser la anulación de la elección.

5.3 Análisis de la aplicación de la nulidad electoral cuando se incurre en la incompatibilidad contemplada en los artículos 38 y 39 de la ley 617 de 2000

5.3.1 Como se expuso en los antecedentes de esta providencia, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca interpretó que en el caso de la demanda presentada

contra el actor no se estaba cumpliendo con el supuesto de hecho de la norma; consideró que el actor no incurrió en la incompatibilidad prevista en el numeral 7º del artículo 38 y por ende no anuló la elección del actor.

5.3.2 La Sección Quinta del Consejo de Estado en la providencia demandada consideró, en cambio, que el actor incurrió en una prohibición al inscribirse para la alcaldía diecisiete (17) meses y veinticinco (25) días después de haber cesado en el encargo, es decir con anterioridad a la extensión del término de vigencia de la incompatibilidad prevista en el artículo 39 de la ley 617 de 2000 que es de veinticuatro (24) meses.

5.3.3 Estima la Sala que en el caso en estudio, y teniendo en cuenta los aspectos analizados en los fundamentos jurídicos 5.1 y 5.2 de esta providencia, la interpretación de la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre que se debe anular la elección del alcalde de Yumbo Ferney Humberto Lozano Camelo, no incurrió en una vía de hecho y dio cumplimiento a los artículos 84, 227 y 228 del código contencioso administrativo sobre nulidad electoral en los casos en que el candidato fuera inelegible.

6. Sobre las medidas provisionales pedidas por el actor.

La Sala subraya que en el caso sub judice no se pudo ordenar las medidas provisionales solicitadas por el actor con base en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, que consistían en suspender lo resuelto en la sentencia el 31 de julio de 2009 y de esta manera evitar un perjuicio irremediable que se produciría con la convocatoria a elecciones para reemplazar al alcalde, según lo dispuesto en el inciso segundo del art. 314 de la C.N-, ya que la tutela interpuesta por el actor fue seleccionada por la Corte el día veinticinco (25) de enero del 2010, y las elecciones para reemplazar al alcalde de Yumbo tras el fallo del Consejo de Estado se dieron el 8 de noviembre de 2009.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 12 de noviembre de 2009, mediante la cual negó la acción de tutela promovida por Ferney Humberto Lozano Camelo, contra la Sentencia de 31 de julio de 2009 proferida por la Sección Quinta de esa misma corporación.

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRENSE la comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 C - 564 de 2002

2 Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, PI-0148 de 22 de enero de 2002

3 Folio 58

4 Inciso 2 del artículo 140 que establece que el “Proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 2. Cuando se omitan los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión” (Folio 66).

5 Sentencia del 29 de enero de 2009. Expediente: 760012331000200701606-01. Actor: John Enrique Vargas Ordóñez. Demandado: Alcalde del Municipio de Jamundí.

6 Igualmente cita la Sección Quinta del Consejo de Estado en el caso de la alcaldesa de Jamundí, la Sentencia C-540 de 2001 que condicionó la exequibilidad del artículo 39 de la Ley 617 de 2000, en el sentido de que la “incompatibilidad especial de 24 meses no se aplica al alcalde municipal o distrital que sea elegido Presidente de la República, en cuyo caso prevalecerá la inhabilidad del año anterior de la elección consagrada en el artículo 197 de la Constitución”. (Negrillas fuera del texto).

7 Expediente 2776.

8 Dice el Consejo de Estado en dicha oportunidad que “..., es válido y aplicable al texto vigente de los artículos mencionados porque los supuestos de hecho a que se refirió siguen siendo los mismos. En consecuencia, los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en cuanto prohíben la inscripción como candidato a alcalde de quienes hayan ejercido dicho cargo dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación, constituye materialmente una causal de inhabilidad para ser elegido” (Negrillas fuera del texto). Sentencia Sección Quinta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo del treinta y uno (31) de julio de 2009. Expediente: 760012331000200701477-02. Actor: Daisy Narcisa Mancilla Angulo. Demandado: Alcalde de Yumbo. Proceso Electoral Fallo de segunda Instancia., Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Bogotá.

9 Sentencia del 29 de enero de 2009. Expediente: 760012331000200701606-01. Actor: John Enrique Vargas Ordóñez. Demandado: Alcalde del Municipio de Jamundí.

10 Respecto a las tesis de que la situación de encargo no configura inhabilidad, la Sección Quinta en el caso de la alcaldesa de Jamundí recuerda que dicha tesis “...fue desvirtuada por la Sección en varias oportunidades en la sentencia de 5 de octubre de 2001, exp. 2001-0003 (2463), que determinó lo siguiente: ‘el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no sólo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra

forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo” (Negrillas fuera del texto). [Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 5 de octubre de 2001, exp. 2001-0003 (2463)].

11 También se cita la sentencia de 17 de febrero de 2005 sobre la plenitud de poderes de los encargados en donde se dice que “si en el acto de encargo no se delimitan las funciones, es claro que el encargado está habilitado para ejercerlas a plenitud” (Negrillas fuera del texto).

12 Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Sentencia del 31 de octubre de 1994. Expediente: 1108, Actor: Ricardo Agudelo Sedano. Demandado: Jorge Alfonso Rojas S.C.P. Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

13 Corte Constitucional. Sentencia C - 142 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

14 Expediente No 7600012331000 - 200701477. Demandante Daisy Narcisa Mancilla Angulo.

15 Expedientes Nos 2007-01606 y 2007-01658

16 Apunta la Magistrada que “A la situación del encargo la caracteriza la transitoriedad y la brevedad en el servicio. Obedece a una particular condición que ostenta una connotación muy distinta a cuando el cargo se ejerce en condición del titular, ya por elección, ya por designación. Así, es apenas lógico que esta figura que no concede titularidad en el empleo, reciba también un tratamiento legal diferencial en cuanto a su incidencia en la configuración de la inhabilidad”.

17 Dice la Magistrada Buitrago que “Es apenas lógico y racional entender que su paso pasajero por la administración municipal en calidad de encargado y, por ende, no como el verdadero reemplazo del antecesor, carece del alcance y de la entidad suficientes para potencializar ese peligro que la prohibición quiere conjurar”(Folio 39).

18 El artículo 37 numeral 2º dice lo siguiente: “Inhabilidades para ser Alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así; 2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política,

civil, administrativa, militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”.

19 Estima la Magistrada en su Salvamento que “...en caso de existir duda sobre la estructuración de alguna de las prohibiciones que integran este régimen, tal duda se resuelva a favor del demandado, es decir, otorgando primacía al derecho fundamental de elegir y de ser elegido. De igual forma, debido a la taxatividad y al efecto limitado del derecho político de ser elegido las inhabilidades y las incompatibilidades se interpretan restrictivamente”.

20 Dice el demandante que dichas causales pueden ser enumerados de la siguiente manera: i) defecto orgánico “cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello”, ii) Defecto procedimental absoluto “cuando el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido. En estos casos, el error procesal (...) debe extenderse a la decisión final, y no puede ser en modo alguno atribuible al afectado”, iii) Defecto fáctico que “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión” que puede ser por la omisión del decreto y práctica de pruebas y por el desconocimiento de las reglas de la sana crítica, iv) Error inducido “que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”, v) Decisión sin motivación “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones” vi) Desconocimiento del precedente, cuando por ejemplo la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance, vii) Violación directa de la Constitución y finalmente v iii) Defecto sustantivo que tiene diversas formas (Sentencia T - 087 de 2007): a) cuando la decisión se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable (porque la norma perdió vigencia o por cualquiera de las razones de ley), b) cuando la norma es inconstitucional y c) porque el contenido de la disposición no tiene conexidad con los presupuestos del caso. (Folio 4 y 5).

21Manifiesta el demandante que esto no se dio para las inhabilidades e incompatibilidades

de los congresistas que estableció en el artículo 179 de la C.N las causales de inhabilidad o inelegibilidad y el artículo 180 de la C.N que estableció las causales de incompatibilidad (Folio 6).

22 Sentencia P10148 de 22 de enero de 2002. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

23 *Ibíd.*

24 “Es decir, para que exista la incompatibilidad se requiere que alguien ostente la calidad de servidor público y que, por ostentarla, la Constitución o la ley le impongan una prohibición de realizar, de manera simultánea una actuación o actividad determinada coexistente en el tiempo con el cargo que se ostenta, prohibición que puede extenderse adicionalmente por un lapso determinado según lo disponga el legislador”.

25 Manifiesta el tutelante que de no darse esta medida provisional se crearia: “... una situación específica de inhabilidad institucional con perjuicio irremediable, como ya ocurrió por vía de ejemplo cuando se declaró la nulidad de la elección del doctor Libardo José López Cabrales como Gobernador del departamento de Córdoba, mediante sentencia T-284 de 2006, situación ésta que dio lugar a sucesivas acciones de tutela con perjuicio de los derechos políticos tanto del gobernador electo popularmente como de los ciudadanos de ese departamento” (Folio 11).

26 Folio 90

27 La Corte afirmó: “Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales

se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, (...)”. (negrilla fuera del texto)

28 En la sentencia T-079 de 1993, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional confirmó un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el cual la Sala de Casación Civil consideró que era evidente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante. Manifestó la Sala Tercera en aquella ocasión: “Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona (...) Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad (...) La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla.” (negrilla fuera del texto).

29 También se pueden citar las sentencias T-173 de 1993 (M.P José Gregorio Hernández) , T-231 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-008 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

30 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

31 Sentencia T-008 de 1998.

32 Ver al respecto las sentencias T-949 de 2003 y T-774 de 2004.

33 M.P. Jaime Córdoba Triviño

34 La Sentencia se profirió en la revisión de constitucionalidad de la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal-, en donde la Corte estableció que una cosa es que el legislador no permita la utilización de recursos contra las sentencias que resuelvan el recurso extraordinario de casación en materia penal en desarrollo de su libertad de configuración y,

otra muy distinta, que excluya la procedencia de la acción de tutela prevista en el artículo 86 constitucional para la protección de los derechos fundamentales contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública

35 Sentencia T-522/01.

36 T-049 de 2007.

37 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

38 Cfr. sentencia SU-1722 de 2000 M.P. Jairo Charry Rivas. Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de “no reformatio in pejus”.

39 Cfr., la sentencia C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia T-292 de 2006.

40 Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

41 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

42 Se refiere el requisito a que en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales.

43 Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-691 de 2005 M. P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

44 Sentencia T-570 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

45 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

46 Corte Constitucional. Ver sentencias T-441 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-742 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas y T-606 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

47 Corte Constitucional. Sentencia SU-622 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

48 Corte Constitucional. Sentencias C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández; T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-511 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; SU-622 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-108 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

49 Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

50 Corte Constitucional. Sentencia T-1009 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

51 Corte Constitucional. Sentencias SU-1159 de 2003 y T-578 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

53 T-377-09. M.P. Maria Victoria Calle.

54 Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

55 Por ejemplo en la T-066 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), se tuteló el derecho al demandado que había sido condenado por falta de defensa técnica en una sentencia proferida cinco años antes de la presentación de la tutela. En la sentencia SU-961 de 1999 (Vladimiro Naranjo Mesa) se estableció que “La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal manera que no se vulneren los derechos de terceros” (Negrilla fuera del texto).

56 Porque (a) ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (b) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (c) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional (iv) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional

o, (v) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador

57 Ver el fundamento jurídico 1.8.8 de los hechos de esta providencia.

58 OSORIO SALAZAR, Liliana Rocio, Evolución legislativa del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de la Constitución de 1991, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004, p. 30

59 Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, PI-0148 de enero de 2005.

60 VANEGAS GIL, Pedro Pablo, Las candidaturas en el derecho electoral colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 91.

61 Sentencia C-348 de 2004. A su vez, los criterios expuestos en dicho fallo se apoyan en las Sentencias C-380 de 1997, C-200 de 2001 y C-1212 de 2001, entre otras. Referencia tomada de la Sentencia C-325 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

62 También sustentan este principio las sentencias C-618 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y C-1412 de 2000 (M.P[e] Martha Victoria Sáchica).

63 Sentencias C-509 de 1994, C-558 de 1994 y C-311 de 2004. Tal ocurre, por ejemplo, con la condena por delitos comunes, la interdicción judicial, las sanciones disciplinarias (Ver definición de inhabilidades de la Sentencia C-194 de 1995).

64 Al respecto se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-564 de 1997, C-311 de 2004 y C-468 de 2008.

65 SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, La igualdad de oportunidades en las competencias electorales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 74

66 FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, "Artículo 70.1 Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales", en: Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978, Madrid, Edersa, tomo VI, 1989, p. 235.

67 M.P. José Gregorio Hernández. La C-194 de 1995 hizo el control de constitucionalidad de

los artículos 45, 46, 95 y 96 de la ley 136 de 1994 sobre las incompatibilidades e inhabilidades de los alcaldes y concejales.

68 Dice la Corte que "...en la norma examinada aparece desvirtuado el concepto de incompatibilidad, cuyo alcance corresponde al ejercicio de ocupaciones simultáneas, cuando a todas luces la dualidad, inherente a aquélla, desaparece desde el momento mismo en que culmina el período o es aceptada la renuncia" (negritas fuera del texto).

69 Ley 136 de 1994 Artículo 96. INCOMPATIBILIDADES. "Los alcaldes, así como los que lo reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán: (...) 7) Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido, y durante los seis (6) meses siguientes al mismo..." (negritas fuera del texto)

70 Folio 8 de la demanda

71 Ya que en el numeral 7º el sujeto destinatario es el alcalde elegido, mientras que en el encabezado son aquellos que los reemplacen

72 Tiene en cuenta para la definición el Concepto del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Septiembre 5 de 1987. Consejero Ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas.

73 Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio civil, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, Santafé de Bogotá D.C, ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación número: 1219. Ref: ALCALDES. Voto programático. Consecuencias del incumplimiento del programa de gobierno de los alcaldes designados.

74 Sentencia del 29 de enero de 2009. Expediente: 760012331000200701606-01. Actor: John Enrique Vargas Ordóñez. Demandado: Alcalde del Municipio de Jamundí.

75 A excepción de Presidente de la República que como se veía tiene un régimen constitucional especial en el artículo 197 de la C.N de un año.

76 Ver los puntos 2.1, 2.3, de esta providencia.

77 Ver los puntos 2.5, 2.6, 2.7, 2.13

78 Ver los puntos 2.2, 2.12

79 Ver el punto 2.8 de esta providencia.

80 Ver los puntos 2.14, 2.15, 2.16 y 2.17 de esta providencia.

81 Ver los puntos 2.9, 2.10, 2.11,

82 Especialmente se tuvo en cuenta para la resolución del caso la Sentencia del 29 de enero de 2009. Expediente: 760012331000200701606-01. Actor: John Enrique Vargas Ordóñez. Demandado: Alcalde del Municipio de Jamundí.